Background Paper BP-277E

CULTURE AND COMMUNICATIONS: THE CONSTITUTIONAL SETTING

Mollie Dunsmuir
Law and Government Division

September 1991

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1992

Cat. No. YM32-2-277E

ISBN 0-660-14529-4

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

92-05806/

CULTURE AND COMMUNICATIONS: THE CONSTITUTIONAL SETTING

THE DEFINITIONAL PROBLEM

When discussing constitutional options with respect to both culture and communications, the first difficulty is to define the area of legislative or regulatory power involved. The original *Constitution Act, 1867,* refers to neither culture nor communications (with the exception of "telegraphs") as areas of legislative jurisdiction, and the existing constitutional situation has evolved from how courts have inferred jurisdiction from other, specifically mentioned, classes of subjects, such as "property and civil rights within the province" (provincial jurisdiction) or "inter-provincial works or undertakings" (federal jurisdiction). Conversely, any constitutional amendment that makes specific reference to either "culture" or "communications" will impinge upon the existing interpretation of other areas of jurisdiction.

It is always difficult to anticipate how any new head of power, or class of subject, might affect the overall jurisdictional structure because modern economic and cultural structures are both complex and inter-related; the problem is magnified when the potential new head of power is itself unclear.

The concept of "culture," in particular, is not easily defined. In 1979, the Task Force on Canadian Unity described it as follows:

> In day-to-day usage, culture is often considered to be the intellectual and artistic aspect of life in a community or society.
>
> Culture has a broader meaning, however, when related to the character of a whole community. In this context, culture may be defined as the sum of the characteristics of a community acquired through education,

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> training and social experience. It includes knowledge in all fields, language, traditions and values. It adds up to a collective way of thinking, feeling, and doing, a collective way of being.
>
> Culture draws individuals together, supports thought, judgment and action, gives a community its character and personality, differentiates it from other communities and encourages its members to seek common objectives.(1)

If we look only at the first, or day-to-day, usage, culture would seem to come within provincial powers over education and civil rights. If we look at the broader meaning, "culture" is so all-pervasive that it becomes difficult to anticipate the extent to which a legislative power over "culture" might impinge on other heads of power.

The issue of the "environment" is perhaps an instructive example of the problems involved in defining "culture" for purposes of constitutional jurisdiction. The main federal powers over the environment are similar to those over culture: inter-provincial or international issues; the concept of "national interest"; and the criminal law power with respect to public health, safety and welfare. The provincial power, which is very extensive, comes from the fact that most environmental issues involve property and civil rights within the province.

In 1988, the Australian Constitutional Commission reported back after several years of deliberation on all aspects of the Australian constitution. It rejected the idea of creating a new provision dealing with the environment, primarily because of the difficulty in restricting the scope of any such power:

> "environment" includes all aspects of the surroundings of man, whether affecting him as an individual or in his social groupings, and "environmental" has a corresponding meaning; . . .
>
> If environmental law is to be defined more helpfully than simply as the law relating to the environment, it

---

(1) The Task Force on Canadian Unity, *Coming to Terms: The Words of the Debate*, Ottawa, 1979, p. 4.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> needs considerable refinement and careful circumscription, for *prima facie* the expression "environment" may include literally almost anything and everything.(2)

Attempts to formalize the role of culture within our constitutional structure would most likely lead to similar definitional problems.

"Communications" involves a somewhat different issue, but one that has created even more controversy within constitutional circles. Communications can refer to either the content of a message, the means of transmission of the message, or both. The content of a message is often a matter of property and civil rights within a province (provincial jurisdiction) but the means of transmission is increasingly likely to involve an inter-provincial or even international undertaking (federal jurisdiction).

Traditionally, public communications transmission has involved either broadcast technology (through the airwaves from a single transmitter to many receivers) or telecommunications (point-to-point communications). In the early days of communications regulation, radio exemplified broadcast technology and telephones exemplified telecommunications. Radio seemed to fall most naturally under federal jurisdiction, as the transmission waves could not necessarily be confined within provincial boundaries, while telephone regulation seemed most amenable to provincial regulation because telephone "networks" were geographically controllable.

The technological revolution of the past decade or two, however, makes it increasingly difficult to separate means of transmission. Telecommunications companies have taken advantage of the airwaves by using microwave and satellite systems to improve point-to-point communications, while broadcasting companies have enlarged their audiences through local cable television networks.

As a result of these trends, the difference between "broadcasting" and "telecommunications" has become less one of technology and more one of purpose. Broadcasting tends to remain a public function,

---

(2) Final report of the Constitutional Commission, 1988, Vol. 2, Australian Government Publishing Service, Canberra, 1988, p. 765.

with important cultural and educational implications. Telecommunications, however, involves economic and technological issues, and a modern, efficient telecommunications infrastructure is generally considered an essential component of a successful business environment.

THE HISTORICAL PERSPECTIVE

Throughout most of Canadian history, constitutional law has been concerned with a very few sections of the *Constitution Act, 1867*. Prior to 1982, nearly every constitutional case dealt only with the issue of whether the federal or provincial government had legislative jurisdiction in a particular situation. Unlike the case in the United States, where the issue is often whether any level of government has the power to interfere with individual rights, in Canada the question was always which level of government had the power in question. All emerging jurisdictional areas, therefore, had to be assigned by the courts to one or the other level of government. Working with a document written in a pre-technological era, the courts constructed an elaborate structure of judicial precedents that have had as much, if not more, effect on federal-provincial jurisdiction than the *Constitution Act, 1867* itself.

For example, the fathers of Confederation felt that they had ensured a strongly centralized economic union, while allowing the provinces continuing control over non-economic matters. Donald Creighton, in a study done for the 1939 Royal Commission on Federal-Provincial Relations, suggested that they:

> ... attempted to separate the affairs and interests associated with commerce from certain rights and customs dependent upon land. The former, which covered the great bulk of economic activities of British North America as they knew it, they gave to the control of the Dominion; the latter, which included matters of minor economic, or of largely cultural, importance, they entrusted to the provinces.(3)

---

(3) Donald G. Creighton, *British North America at Confederation: A Study prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*, Ottawa, 1939, p. 50.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The Constitution of 1867 was based on the realization that a strong economic union was necessary if the British North American colonies were to survive as a separate entity from the much larger, newly unified, and occasionally aggressive nation to the south. Local issues of property and civil rights, however, were to rest with the provinces and, in a general way, these issues included culture. On the other hand, long-distance communications were both slow and uncertain in the mid-nineteenth century, and tended to be associated with methods of general transportation that were largely inter-provincial undertakings. In addition, the relatively new discovery of the telegraph was placed firmly under federal regulation.

In order to ensure the primacy of the economic union, the federal government was given the regulation of trade and commerce, a phrase which by 1867 had "come to acquire the greatest importance and the widest amplitude";(4) the peace, order and good government power; the power to disallow provincial acts; and the power to implement imperial treaties. However, early judicial decisions in Britain by the Judicial Committee of the Privy Council, then Canada's highest court of appeal, severely limited these federal powers, in large part by expanding the meaning of section 92(13) of the Constitution, "property and civil rights within the province." The Lords of the Privy Council, used to the British unitary system, expanded this provincial power beyond anything conceived of by the original framers of the Constitution.(5)

> In Canada the provincial heads of power include one of great extent and importance. This is s. 92(13), "property and civil rights in the province," a phrase which is apt to include most of the private law of property, contracts and torts and their many derivatives. Indeed, at the hands of the Privy Council, s. 92(13) became a kind of residuary power itself, and one which was much more important than the federal peace, order and good government power.(6)

---

(4) *Ibid.*

(5) See *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces,* 3rd session, 8th Provincial Parliament of Canada, Hunter, Rose & Co., Quebec, 1865.

(6) Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed.), Carswell, Toronto, 1985, p. 370.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

In short, national economic standards were considered a necessity but, given the fact that the nation was constructed from three distinct communities (as represented by the three divisions in the original Senate), the provinces were to retain control over all local matters. Neither "culture" nor "communications" was referred to in the original Constitution, but there was a fundamental understanding that the national government would not interfere with local or cultural interests. Even in 1867, however, it was difficult to draw an exact line between national economic issues and property and civil rights within the province. It is far more so today.

In the case of telecommunications, a strong national infrastructure is essential to any economic growth. At the provincial or local level, however, there are major decisions to be made, such as the degree of cross-subsidization in basic personal services like telephones. Urban subscribers subsidize rural users. Business users tend to subsidize non-business users. Traditionally, inter-provincial and international traffic has tended to subsidize intra-provincial traffic. However, what is appropriate for Toronto may not work in Prince Edward Island. At one level, therefore, telecommunications is a vital national economic issue requiring federal regulation; on the other, it is an essential local service that is critical to provincial cultural policy.

The Supreme Court of Canada has often referred to the Constitution as "a living tree" that continues to grow, albeit sometimes in a disorganized fashion, but is constantly tended and pruned by the courts. The common law approach to the Constitution has been organic and inductive, dealing with specific fact situations and, from these, gradually evolving general principles. What may now be at issue is whether we replace this with an inclusive, deductive approach: a comprehensive set of principles that defines the contractual relationship. The difficulty, from a legal point of view, is that major jurisdictional changes upset the evolving base of judicial interpretation, and there would be a time of considerable uncertainty before we knew how the courts would interpret the amendments approved by the legislatures.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

CULTURE

Culture is not specifically referred to in our present Constitution, with one exception. Section 40 of the *Constitution Act, 1982*, states that if an amendment is passed transferring provincial legislative powers over education or other cultural matters from the provincial legislatures to Parliament, then any province to whom the amendment does not apply, because it has not approved it, is entitled to reasonable financial compensation. If, for example, seven provinces with 50% of the population were to approve an amendment transferring jurisdiction over universities from the provinces to the federal government, the three provinces that did not agree would be entitled to reasonable compensation from the federal government in order to continue running their own universities.

It seems clear, however, that the provincial legislatures were originally intended to have legislative jurisdiction over most cultural issues as matters of a merely local or private nature within the province. The exceptions to this rule were areas where national standards were desirable or necessary, such as copyright, patents, naturalization, and marriage and divorce.

In fact, the provincial legislatures do have exclusive legislative jurisdiction over most cultural matters. On the whole, the federal government's role involves only the spending power -- the ability to fund cultural institutions and programs such as the Canada Council, the National Film Board and the national museums. It is possible that the federal government could also justify some legislative control over national cultural institutions through the use of the "national concern" branch of the POGG power ("peace, order and good government"), as was done with the National Capital Commission, or by declaring various works, such as national museums, to be for the general advantage of Canada. They have not done so to date, however, and the spending power seems to be the more relevant issue.

The concept of a federal "spending power" is a relatively recent constitutional development. It arises from federal government

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

initiatives immediately following the Second World War, and is closely linked with efforts to centralize the taxing power. By providing program funds, either unilaterally or in co-operation with the provinces, for a variety of health, social assistance, education and cultural programs, the federal government dramatically altered the national approach to issues which were essentially within provincial control.(7)

The spending power thus became the main lever of federal influence in fields within provincial legislative jurisdiction, such as health care, education, welfare, regional development, and culture. By making financial contributions to specified programs, the federal government can exercise considerable influence over provincial policies, priorities and program standards.(8)

The spending power is thus a fiscal mechanism, but it has been increasingly discussed in terms of a constitutional concept. It seems probable that the use of the term "spending power" first emerged as a constitutional term at the Federal-Provincial Constitutional Conference of 1969, when the federal government submitted a working paper entitled Federal-Provincial Grants and the Spending Power of Parliament. As recently as 1977, however, such a noted constitutional commentator as E. A. Dreidger was "unable to find the expression 'spending power' in any Canadian judicial decision or statute."(9)

---

(7) "In addition to its general policy of reconstruction and a more activist approach, particularly in welfare, the government considered it essential to centralize taxation power to promote the Keynesian economic policies which it proposed to embark upon..." G.V. La Forest, "The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution," 2nd ed., Canadian Tax Paper No. 65, Toronto, May 1981, p. 28.

(8) Technically, there is no reason why the spending power should be an exclusively federal mechanism. Fisheries, for example, is within exclusive federal jurisdiction and yet is of considerable economic concern to many provinces. Theoretically, the provinces could present a joint fisheries program, and offer to fund it if the federal government were prepared to implement the program as federal legislation. The reason no one speaks of a "provincial spending power" is financial and pragmatic rather than constitutional.

(9) A.E. Dreidger, "The Spending Power," *Queen's Law Journal* (1979), 124, at p. 124.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

Peter Hogg agrees that the spending power is nowhere explicit in the *Constitution Act, 1867,* but says it must be inferred from the powers to levy taxes in section 91(3); to legislate in relation to "public property" in section 91(1A); and to appropriate federal funds, as in section 106.(10) Arguably, the "spending power" is simply the expansion of the taxing power to the point that the federal government has sufficient revenues to underwrite national social or cultural programs, in addition to fulfilling its more specific constitutional mandates.

One of the provisions of the 1987 Meech Lake Accord would have added a new section 106A to the Constitution immediately after section 106. Depending upon one's point of view, this would have either strengthened national programs and standards by formally recognizing the spending power, or weakened national programs and standards by allowing the provinces to opt out with compensation.

Regardless of how the constitutional status of the spending power is perceived, however, there are definitely limitations on how it can be used. The first involves the manner in which the money is raised, the second the way in which it is spent. Despite the wide general taxing powers of the federal government, taxing legislation could be questioned if it were explicitly combined with a spending program outside federal jurisdiction. For example, environmental concerns are largely within provincial jurisdiction, but the federal government can nonetheless spend money on environmental programs that affect local concerns within the provinces. If, however, the federal government implemented a tax for the express purpose of enforcing or funding a local environmental objective, the legislation might well be struck down.

Even when money is raised through a proper exercise of the federal taxing powers, there are limits on how it can be used. The federal government can spend or grant its money as it chooses,(11) but it may

---

(10) Hogg (1985), p. 124.

(11) A number of cases confirm that the federal government can spend its revenue on matters outside its legislative competence: *Angers* v. *M.N.R.*, [1957] Ex.C.R. 83 sustains the validity of federal family allowances; and *CMHC* v. *Co-op College Residences* (1975), 13 O.R. (2d) 394 (OCA) sustains the validity of federal loans for student housing.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

not directly regulate activities within the provincial sphere of jurisdiction.

> Parliament . . . is entitled to spend the money that it raises through proper exercise of its taxing power in the manner that it chooses to authorize. It can impose conditions on such disposition so long as the conditions do not amount in fact to a regulation or control of a matter outside federal authority.(12)

Some commentators have argued that the spending power should be formally restricted since otherwise the federal government can directly fund programs within provincial jurisdiction, and this can disrupt provincial priorities. If the spending power is simply a fiscal incentive to adopt certain conduct or policies, then financing can be withdrawn or curtailed under certain circumstances without difficulty. Theoretically, at least, the elimination of the spending power should involve simply the elimination of the programs involved.

However, if the spending power involves a federal intrusion into provincial jurisdiction, as some provinces argue, then perhaps the disruptive potential of eliminating these grants could only be assuaged if the federal government were required to turn over to the provinces the funds or tax room necessary to continue the programs.(13) The 1991 Allaire Report (Report of the Constitutional Committee of the Quebec Liberal Party, "A Quebec Free to Choose"), for example, suggests that "the federal spending power would be "eliminated in [Quebec's] areas of exclusive authority" together with "a complete reassessment of the distribution of taxing powers." "Culture" and "communications" would be within exclusive Quebec authority, and the federal government would be unable to spend money directly in these areas.(14)

---

(12) *Winterhaven Stables Ltd.* v. *Canada* (1988), 53 D.L.R. (4th), (Alta. C.A.) at p. 434.

(13) "Tax room" or "tax points" are difficult concepts and have limited practical application. To oversimplify, the total capacity of Canadians to bear tax is seen as a large pie divided between the two levels of government. Thus, if the federal government reduces its portion of the total pie, the provinces have "tax room" available to fund additional programs.

(14) "A Quebec Free to Choose: Report of the Constitutional Committee of the Quebec Liberal Party," Quebec, 1991, p. 37-8.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

In the absence of a restricted definition of "culture," therefore, the only real alternative to the existing constitutional situation is for restraints to be placed on the ability of the federal government to fund cultural programs, whether with or without compensation to the provinces. This could be done by (1) federal-provincial agreement, or (2) a constitutional amendment prohibiting or regulating federal spending in areas outside its express legislative authority. The first option would be far simpler and more flexible, but would not be constitutionally binding or enforceable. As the Supreme Court of Canada pointed out in its recent decision on federal-provincial transfer payments:

> [S]upervision of the spending power is not a separate head of judicial review. If a statute is neither *ultra vires* nor contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the courts have no jurisdiction to supervise the exercise of legislative power.(15)

A constitutional amendment would be more definitive, but would also have broad consequences, restricting federal-provincial relations in a range of activities extending far beyond the cultural field. In addition, unless the flow of funds to the provinces increased, by inter-provincial transfer or by restricting the federal taxing powers, at least some provinces would have difficulty in picking up the slack and existing programs would suffer.

COMMUNICATIONS

The constitutional background to the evolution of Canadian communications regulation is both complex and, to an extent, chaotic. One commentator has gone so far as to suggest that:

> [T]hose sources of law which might normally be expected to guide the decision-making processes of telecommunications service providers and users alike as regards required, permitted, and/or illegal market conduct and the enforcement thereof, are so fragmented and lacking

---

(15) *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, 15 August 1989 S.C.C., unreported, p. 48.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> in consistency and overall perspective as to be all but incoherent.(16)

The possible transfer of greater constitutional powers over broadcasting and telecommunications to the provinces is a complicated issue. This paper, therefore, merely summarizes the salient points.

From 1867, legislative jurisdiction over communications has generally followed the same principles as jurisdiction over transportation, and important aspects of communications regulation are still to be found in the *Railway Act* and the *National Transportation Act*. By far the most important reference in the *Constitution Act, 1867* is section 92(10), which gives the provincial governments control over "local works and undertakings" with several exceptions that are placed expressly under federal jurisdiction:

> (a) lines of steam or other ships, railways, canals, telegraphs, and other works or undertakings, connecting the province with any other or others of the provinces, or extending beyond the limits of the province;
>
> (b) lines of steam ships between the province and British or foreign country;
>
> (c) such works as although wholly situate within the province, are before or after their execution declared by the Parliament of Canada to be for the general advantage of Canada or for the advantage of two or more of the provinces.

---

(16) Bohdan Romaniuk and Hudson Janisch, "Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition?", 18 *Ottawa Law Review* 561 (1986), p. 564. Romaniuk and Janisch go on to note:

> As will be seen, there exists at the federal level alone well over a dozen statutes (dating from 1880 to 1986) bearing directly upon one or another aspect of market conduct in various telecommunications markets. *Yet, no single federal statute concerns itself exclusively with the telecommunications industry as a whole.* Rather there exists a hodgepodge of legislation dealing with individual companies, individual market-segments and different departmental and regulatory bodies. . . There are statutes focussing specifically on broadcasting, radio-communication and telegraphy, but not with their interrelation, either among themselves or with telephony. Other statutes concern themselves with different industries altogether, particularly railroads, touching upon telecommunications only incidentally, although with enormous impact.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

This latter exception is generally referred to as the federal "declaratory power," and has been used in the Acts incorporating the two largest telephone companies in Canada: Bell Canada (serving Ontario and Quebec) and the British Columbia Telephone Company. The declaratory power has, however, fallen somewhat into disuse and federal jurisdiction over these companies is also based on other aspects of the telephone network.

The word "undertakings" involves both physical and organizational elements. In one of the last Canadian cases decided by the British Privy Council, the concept was defined as follows:

> Such communications can be provided by organizations or undertakings, but not by inanimate things alone. For this object, the phrase "line of ships" is appropriate: that phrase is commonly used to connote not only the ships concerned but also the organization which makes them regularly available between certain points.(17)

As communications networks have become more inter-connected, the courts have used the test of "functional integrality" to find that a particular service is part of a inter-provincial undertaking, organization or system rather than a work within the province.

In 1927, Canada signed the *International Radiotelegraph Convention*. In the face of a jurisdictional challenge by Quebec, the matter was referred to the courts. The Privy Council ultimately decided that the power to legislate with respect to broadcasting fell within the exclusive jurisdiction of the federal level of government, both because of the international aspects of broadcast regulation and because the transmitter and receiver formed an integral system involving an inter-provincial undertaking analogous to telegraphy.(18)

As cable television networks developed during the 1960s and 1970s, the argument was made that cable companies, which distributed their programming within the local community by coaxial cable, were local works or undertakings. In the late 1970s, however, the Supreme Court of Canada extended exclusive federal jurisdiction to the regulation of cable

---

(17) *C.P.R.* v. *Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122, at p. 141.

(18) *In Re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

television on the grounds that the local companies received their signals "off air," or by broadcast receivers, and thus became an integral part of an inter-provincial system.(19)

Although the federal government has exclusive authority over the national broadcast system, provincial governments retain some control over content. In *Attorney-General of Quebec* v. *Kellogg's Company of Canada*,(20) and again more recently in *Irving Toy Ltd.* v. *A.G. Quebec*,(21) the Supreme Court of Canada upheld provincial legislation restricting specific types of advertising on the grounds that the legislation dealt with consumer protection rather than broadcasting, and aimed at advertisers rather than a broadcast undertaking.

As for legislative authority over telecommunications, there has been a surprising lack of judicial involvement until quite recently. This is partially because neither level of government had an interest in upsetting the status quo which, although inconsistent in theory, worked well in practice.

By far the largest telephone company in Canada has always been Bell Canada, which services the Ontario and Quebec market and is federally regulated as an inter-provincial undertaking. With the exception of British Columbia, provincial phone systems were provincially regulated and Crown corporations operated the telephone systems of the three prairie provinces.

Because telephone services were a public service utility or monopoly, cross-subsidization was a major component of rate policy and the public policy varied from province to province. All of the major phone companies, including Bell Canada, however, ran a joint venture known as Telecom Canada (formerly the Trans-Canada Telephone System or TCTS). Although Telecom Canada was not itself regulated, the federal regulatory body (the CRTC) played a crucial role in cross-subsidization policy through its regulation of the major partner, Bell Canada.

---

(19) *Capital Cities Communications* v. *C.R.T.C.*, [1978] 2. S.C.R. 141; *Public Service Board* v. *Dionne*, [1978] 2 S.C.R. 191.

(20) [1978] 2 S.C.R. 211.

(21) [1989] 1 S.C.R. 929.

For example, long distance rates tend to subsidize local rates and Telecom Canada agreements took this into account in rate-splitting agreements. If the CRTC, however, refused to approve the long-distance rates of Bell Canada as too high relative to local rates, the expected long-distance revenues were no longer available to the other provincial partners in the national network for the subsidization of local rates.(22) However frustrating the other provinces found the arrangement, there was little desire to have the matter adjudicated because of the probability that all provincial networks would be found to be part of an integral national telephone network under exclusive federal jurisdiction.

In the early 1980s, the rapid expansion of telecommunications services and the consequent pressure for a more competitive approach forced the jurisdictional issue. CNCP Telecommunications (now known as Unitel) applied to the CRTC for interconnection with the various phone systems, including Alberta Government Telephone (AGT). AGT went to court, claiming that the CRTC lacked jurisdiction, both because the provincial phone system was a local undertaking and because AGT was an agent of the provincial Crown.

In 1989, the Supreme Court of Canada held that the national telecommunications network was an integral network under exclusive federal jurisdiction. The federal government introduced Bill C-41 to implement this decision, but the bill died on the order paper when Parliament was dissolved in the spring of 1991.(23)

There have been numerous federal-provincial negotiations and proposals on legislative jurisdiction with respect to communications over the past 20 years. On occasion, there has even been something close to agreement.

---

(22) "One measure of the extent of cross-subsidization involved is suggested by Bell Canada figures which, in 1982, indicated that $1.2 billion in non-competitive long distance revenues were used to pay for local services." Nis Moller, "Communications: Selected Constitutional Issues," Library of Parliament, Research Branch, 12 March 1991, p. 29-30.

(23) See James R. Robertson, Legislative Summary, Bill C-41, *An Act to Amend the Railway Act (Telecommunications)*, Research Branch, Library of Parliament, 3 October 1989.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The Pepin-Robarts Task Force on Canadian Unity addressed the problem of communications policy concisely in its 1979 report, *A Future Together:*

> In communications, the clash arises between the central government's view of communications as an integrated Canada-wide system serving as a powerful instrument for nation-building and the insistence of the provinces, particularly Quebec, that the impact of communications on local and provincial responsibilities is so pervasive that provincial control is necessary for them to meet the demands place upon them and for the provinces to safeguard regional and local distinctiveness.(24)

In general, therefore, it seems clear that any resolution of the communications issue that might be satisfactory to a majority of Canadian governments would have to involve some degree of (1) concurrent jurisdiction, (2) legislative interdelegation or (3) intergovernmental mechanisms.

The second, interdelegation of legislative authority between the two levels of government, is not permissible under the existing Constitution, but both the Pepin-Robarts Report and, more recently, the Report of the Special Joint Committee on the Process for Amending the Constitution of Canada have suggested a constitutional amendment to allow for such legislative delegation. This could allow the federal government to delegate to the provinces, or to specific provinces, various legislative authority over communications. The delegation could presumably be revoked or expanded as technological change altered the situation.

The third possibility, intergovernmental mechanisms, is generally discussed in terms of jointly appointed regulatory boards. While this might be palatable to the provincial governments, it is difficult to see how it could provide a coherent national policy.

Fundamentally, the problem lies with the increasing convergence between broadcasting, especially cable distribution, and telecommunications. It is generally accepted that an efficient and effective telecommunications network is essential to national competitiveness:

---

(24) Canada, Task Force on Canadian Unity, *A Future Together*, Minister of Supply and Services Canada, Ottawa, 1979, p. 91.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> Telecommunications is seen as increasingly important in the competitiveness of the country and the well-being of business, so cost has to be as low as possible and quality as high as possible. Telecommunications is as important as the railways were, or more so. It is recognized as the underpinning for entering the future.(25)

Some communications issues, such as provincial educational networks, can be treated as separate from the general telecommunications network, which is essential to a national economy and so regulated. However, ongoing technological developments make it increasingly difficult to discern aspects of the national communications system that are not functionally integral to the overall telecommunications network.

---

(25) Edward Trapunski, "Federal Regulator Casts a Wide Net," *Globe and Mail*, 10 September 1991, p. C2, quoting Guido Henter, Executive Director of Telecommunications, CRTC.

Étude générale

BP-277F

CULTURE ET COMMUNICATIONS: LE CONTEXTE CONSTITUTIONNEL

Mollie Dunsmuir
Division du droit et du gouvernement

Septembre 1991

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1992

N° de cat. YM32-2-277F

ISBN 0-660-93779-4

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

CULTURE ET COMMUNICATIONS: LE CONTEXTE CONSTITUTIONNEL

PROBLÈME DE DÉFINITION

Dans toute discussion des choix constitutionnels à l'égard de la culture et des communications, la première difficulté consiste à circonscrire les pouvoirs législatifs ou réglementaires en cause. La *Loi constitutionnelle de 1867* ne mentionne ni la culture ni les communications (à l'exception du "télégraphe") comme domaines de compétence législative, de sorte que la situation constitutionnelle actuelle découle de la façon dont les tribunaux ont déduit, à partir de domaines de responsabilité spécifiés comme "la propriété et les droits civils dans la province" (compétence provinciale) ou "les travaux ou entreprises interprovinciaux" (compétence fédérale), à qui la compétence législative appartient. Toute modification constitutionnelle portant spécifiquement sur la "culture" ou les "communications" empiètera, à l'inverse, sur l'interprétation actuelle des autres domaines de compétence.

Étant donné la complexité et l'inter-pénétration des structures économiques et culturelles actuelles, il est toujours difficile de prévoir comment l'attribution d'un nouveau champ de compétence ou domaine de responsabilité se répercutera sur l'ensemble de la répartition des pouvoirs, mais le problème prend encore plus d'ampleur lorsque ce nouveau champ de compétence est lui-même flou.

Il est particulièrement difficile de cerner la notion de "culture". La Commission de l'unité canadienne en donnait, en 1979, la définition suivante:

> Le mot culture sert souvent à désigner le côté intellectuel et artistique de la vie en communauté ou en société. Il prend, cependant, un sens plus large lorsqu'on l'utilise pour caractériser l'ensemble d'une communauté.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> Dans ce contexte, la culture est la somme des traits distinctifs qu'une communauté acquiert par l'éducation, la formation technique et l'expérience sociale. Elle comprend alors la langue, des connaissances dans tous les domaines du savoir, des traditions, des valeurs de toutes sortes, etc. Elle devient une façon collective de penser, de sentir et d'agir, une manière d'être.
>
> La culture rapproche les individus, les dispose à rechercher des buts communs, nourrit la pensée, le jugement et l'action dans une communauté particulière, lui confère une personnalité qui la distingue des autres communautés(1).

Si l'on s'arrête au premier sens, c'est-à-dire au sens courant, la culture semble s'intégrer au pouvoir des provinces sur l'éducation et les droits civils. Il devient toutefois difficile, lorsqu'on considère le sens plus large du terme, de prévoir dans quelle mesure le pouvoir législatif sur la "culture" risque d'empiéter sur les autres champs de compétence puisque la "culture" est omniprésente.

Le domaine de l'environnement, qui présente des difficultés semblables, peut peut-être illustrer les problèmes que pose la définition de la "culture" aux fins du partage constitutionnel des pouvoirs. Les principaux éléments sur lesquels repose la compétence fédérale en matière d'environnement présentent des similarités avec ceux qui concernent la culture : la portée interprovinciale ou internationale, la notion "d'intérêt national" et l'intégration au droit criminel de ses répercussions sur la santé publique, la sécurité et le bien-être. La compétence provinciale, très étendue, vient de ce que la plupart des problèmes environnementaux ont trait à la propriété et aux droits civils à l'intérieur de la province.

Après plusieurs années de travail, la Australian Constitution Commission a présenté, en 1988, un rapport qui touchait tous les aspects de la Constitution australienne. L'insertion d'une nouvelle disposition visant l'environnement est une des choses qu'elle a envisagé en particulier pour finalement recommander de n'en rien faire, surtout parce qu'il serait difficile de restreindre la portée d'un tel pouvoir:

---

(1) Commission de l'unité canadienne, *Définir pour choisir : Vocabulaire du débat*, Ottawa, 1979, p. 4.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> Le terme "environnement" comprend tous les aspects du milieu humain, qu'ils touchent l'homme en tant qu'individu ou en tant que membre d'entités sociales, et le terme "environnemental" à un sens analogue; [...]
>
> Il faudrait, pour définir le droit environnemental sans se borner à dire que c'est le droit relatif à l'environnement, faire preuve de beaucoup de subtilité et de circonspection car, à première vue, le terme "environnement" peut englober à peu près tout(2).

Il est probable que toute démarche faite pour formaliser la place de la culture dans notre structure constitutionnelle aboutirait à des problèmes semblables de définition.

Si le problème de définition qui posent les "communications" est quelque peu différent, il a toutefois suscité, dans les milieux constitutionnels, une controverse encore plus grande. Par communications, on peut entendre le contenu d'un message, le moyen de transmission du message, ou les deux. À l'intérieur d'une province, le contenu du message relève souvent de la propriété et des droits civils (compétence provinciale), tandis que les moyens de transmission sont de plus en plus assurés par une entreprise interprovinciale ou même internationale (compétence fédérale).

La transmission publique fait traditionnellement appel à la radiodiffusion (émission sur les ondes à partir d'un émetteur vers plusieurs récepteurs) ou aux télécommunications (communications de poste à poste). Dans les premiers temps de la réglementation des communications, la radio était le mode typique de diffusion et le téléphone, le moyen typique de télécommunication. La radio semblait relever tout naturellement de la compétence fédérale, puisqu'il ne serait pas toujours possible de contenir les ondes à l'intérieur des limites provinciales, tandis que, comme il est possible de restreindre l'étendue géographique des "réseaux" téléphoniques, le téléphone semblait se prêter davantage à la réglementation provinciale.

Les progrès techniques des dernières décennies rendent toutefois de plus en plus difficile ce genre de distinction entre les

---

(2) *Final report of the Constitutional Commission*, 1988, vol. 2, Australian Government Publishing Service, Canberra, 1988, p. 765.

RECYCLED • RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

moyens de transmission. Les entreprises de télécommunication ont, en faisant appel aux faisceaux de micro-ondes et aux satellites pour améliorer les communications de poste à poste, tiré avantage des ondes, tandis que les entreprises de radio et de télédiffusion ont élargi leur auditoire grâce aux réseaux de câblodistribution.

Il s'ensuit que la distinction entre la radio "diffusion" et les "télécommunications" repose moins sur les techniques utilisées que sur le but visé. La radiodiffusion demeure le plus souvent un service public ayant des répercussions profondes sur le plan de la culture et de l'éducation. Les télécommunications, par contre, sont surtout liées à des questions économiques, et un système moderne et efficace de télécommunication est généralement considéré comme un élément essentiel d'un bon milieu des affaires.

PERSPECTIVE HISTORIQUE

Tout au long de l'histoire du Canada, seulement quelques articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont soulevé l'intérêt des spécialistes du droit constitutionnel. Avant 1982, pratiquement toutes les causes constitutionnelles portaient sur la question de savoir si la compétence législative dans l'affaire en litige appartenait au gouvernement fédéral ou au gouvernement provincial. Contrairement à ce qui se produit aux États-Unis, où il est souvent question d'établir si une administration quelconque a le droit d'empiéter sur les droits individuels, au Canada il a toujours fallu déterminer quel palier de gouvernement détenait le pouvoir en question. Les tribunaux devaient donc attribuer à l'un ou à l'autre palier de gouvernement tous les nouveaux domaines où la question de la compétence se posait. En se fondant sur un document rédigé avant l'ère technologique, les tribunaux ont érigé une structure complexe de jurisprudence qui a eu autant, sinon plus, d'incidence sur le partage des pouvoirs que la *Loi constitutionnelle de 1867* elle-même.

Les Pères de la Confédération estimaient, par exemple, que tout en permettant aux provinces de garder le contrôle de tout ce qui n'était pas de nature économique, ils avaient créé une union économique fortement centralisée. Dans une étude rédigée pour la Commission royale

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

d'enquête sur les relations fédérales-provinciales en 1939, Donald Creighton laissait entendre qu'ils avaient:

> tenté de séparer les affaires et intérêts liés au commerce de certains droits et coutumes qui reposent sur la propriété foncière. Les premiers, qui regroupaient le gros des activités économiques de l'Amérique du Nord britannique de l'époque, ont été confiés au gouvernement central. Les derniers, qui comprenaient les questions d'une importance économique moindre ou d'une importance surtout culturelle, ont été laissés aux provinces(3).

La Constitution de 1867 reposait sur la conviction qu'il fallait, pour que les colonies de l'Amérique du Nord britannique survivent comme entités distinctes de leur voisin du Sud qui, beaucoup plus grand, venait de retrouver son unité et se montrait parfois agressif, une union économique forte. Les questions locales de la propriété et des droits civils devaient toutefois relever des provinces et cela comprenait, d'une manière générale, la culture. Au milieu du dix-neuvième siècle, les communications sur de grandes distances, lentes et incertaines, dépendaient aussi le plus souvent de modes de transport qui relevaient habituellement d'entreprises interprovinciales. De plus, une découverte relativement nouvelle, le télégraphe, tombait clairement sous le coup de la réglementation fédérale.

Pour assurer la primauté de l'union économique, la réglementation du commerce, terme qui, en 1867, avait "pris une très grande importance et une énorme portée"(4), était confiée au gouvernement fédéral, tout comme le pouvoir d'assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement, de révoquer des lois provinciales, et de donner suite aux traités impériaux. Les premières décisions rendues, en Grande-Bretagne, par le Comité judiciaire du Conseil privé, qui était alors le plus haut tribunal auprès duquel le Canada pouvait interjeter appel, restreignaient toutefois fortement ces pouvoirs fédéraux, surtout en donnant au paragraphe

---

(3) Donald G. Creighton, *British North America at Confederation*, étude rédigée pour la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces, Ottawa, 1939, p. 50 (traduction).

(4) Creighton (1939), p. 50.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

92(13) de la Constitution, "la propriété et les droits civils dans la province", un sens beaucoup plus large. Habitués au système unitaire britannique, les lords du Conseil privé ont donné à ce pouvoir provincial une portée beaucoup plus grande que n'avaient prévu les auteurs du texte constitutionnel(5).

> Au Canada, l'un des champs de compétence provinciaux est d'une portée et d'une importance très grandes. Il s'agit du paragraphe 92(13), "la propriété et les droits civils dans la province", ce qui est susceptible d'inclure le gros du droit privé en matière de propriété, de contrats et de délits, ainsi que leurs nombreux dérivés. En réalité, le Conseil privé a fait de ce paragraphe une forme d'attribution des pouvoirs résiduels, en y attachant beaucoup plus d'importance qu'au pouvoir fédéral d'assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement(6).

Bref, même si les normes économiques nationales étaient jugées une nécessité, les provinces devaient, du fait que le pays était établi à partir de trois collectivités distinctes (représentées par les trois divisions que comportait le Sénat à l'origine), conserver la main mise sur toutes les affaires locales. Sans que ni la "culture" ni les "communications" ne soient mentionnées dans le texte original de la Constitution, il était bien entendu que le gouvernement national n'interviendrait pas à l'égard des intérêts locaux ou culturels. Il était toutefois déjà difficile, en 1867, de faire la distinction entre les questions économiques nationales et celles qui ont trait à la propriété et aux droits civils à l'intérieur de la province. Ce l'est encore beaucoup plus de nos jours.

Les télécommunications sont peut-être un bon exemple. Il est essentiel à toute économie nationale de disposer d'une bonne infrastructure dans ce domaine. D'importantes décisions, au sujet du niveau d'interfinancement des services personnels de base comme le

---

(5) Voir les débats sur la confédération des provinces de l'Amérique du Nord britannique, troisième session, huitième législature du Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Co., 1865.

(6) Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2e édition), Toronto, Carswell, 1985, p. 370 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

téléphone, par exemple, doivent toutefois se prendre à l'échelle provinciale ou locale. Les abonnés des villes financent en partie les services assurés aux abonnés ruraux. Il en va de même pour le milieu des affaires par rapport aux autres secteurs. Les communications interprovinciales et internationales ont habituellement, par le passé, aidé à financer les services internes. Ce qui convient à Toronto n'est pas nécessairement bon, toutefois, pour l'Île-du-Prince-Édouard. Les télécommunications sont donc, d'un côté, une composante économique nationale d'une importance vitale que le gouvernement fédéral doit réglementer; de l'autre, il s'agit d'un service local essentiel qui est d'une importance critique pour la politique culturelle provinciale.

La Cour suprême du Canada a souvent parlé de la Constitution comme d'un "arbre vivant" qui continue de croître, mais d'une façon anarchique parfois, de sorte que les tribunaux doivent constamment s'en occuper et l'émonder. La façon dont la *common law* abordait la Constitution par le passé, en établissant graduellement des principes généraux à partir des situations concrètes qu'elle règle, présentait un caractère organique et inductif. La question de l'heure est peut-être de savoir si nous devons remplacer cette façon de procéder par une méthode globale et déductive, c'est-à-dire un ensemble complet de principes qui définissent les relations des parties contractantes. D'un point de vue juridique, la difficulté vient de ce qu'une modification profonde du partage des compétences perturberait la jurisprudence qui est en train de se créer, de sorte qu'il y aurait une période de grande incertitude avant de savoir comment les tribunaux vont interpréter les modifications adoptées par les législatures.

CULTURE

À une exception près, la culture n'est pas mentionnée explicitement dans notre Constitution actuelle. L'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982* stipule que, advenant un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels par l'adoption d'une modification, les provinces auxquelles cette modification ne s'applique pas, parce qu'elles ne l'ont pas approuvé, ont droit à une juste compensation financière. Si

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

sept provinces regroupant la moitié de la population du pays approuvaient, par exemple, une modification cédant au gouvernement fédéral la compétence à l'égard des universités, les trois provinces dissidentes auraient droit à une juste compensation du gouvernement fédéral pour continuer à faire fonctionner leurs universités.

L'intention était toutefois manifestement de donner aux provinces la compétence législative sur la plupart des affaires culturelles en tant que matières d'une nature purement locale ou propre à la province. Les seules exceptions à cette règle étaient les domaines, comme le droit d'auteur, les brevets, la naturalisation, le mariage et le divorce, où des normes nationales s'imposaient.

En réalité, la compétence législative exclusive sur la plupart des questions culturelles appartient effectivement aux législatures provinciales. Dans l'ensemble, le rôle du gouvernement fédéral se limite surtout au pouvoir de dépenser, c'est-à-dire la capacité de financer des institutions et programmes culturels comme le Conseil des arts du Canada, l'Office national du film et les musées nationaux. Le gouvernement fédéral pourrait peut-être justifier un certain contrôle législatif sur des institutions culturelles nationales en invoquant le souci de "l'intérêt national" que comporte le pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement, comme il l'a fait dans le cas de la Commission de la capitale nationale, ou en déclarant que diverses entreprises, comme les musées nationaux, sont dans l'intérêt général du Canada. Il ne l'a toutefois pas fait jusqu'ici, et le pouvoir de dépenser semble l'aspect le plus pertinent.

La notion du "pouvoir de dépenser" fédéral n'est entrée que relativement récemment dans le débat constitutionnel. Issue des initiatives prises par le gouvernement fédéral immédiatement après la Deuxième Guerre mondiale, elle est étroitement associée aux efforts déployés pour centraliser le pouvoir de taxation. En accordant des fonds, unilatéralement ou en collaboration avec les provinces, à divers programmes de santé, d'assistance sociale, d'éducation et de culture, le gouvernement

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

fédéral a changé de tout au tout sa façon d'aborder les champs d'activité qui relevaient essentiellement des provinces(7).

C'est ainsi que le pouvoir de dépenser est devenu, dans des domaines qui relèvent de la compétence législative des provinces, comme les soins de santé, l'éducation, le bien-être social, le développement régional et la culture, le principal moyen d'action du gouvernement fédéral. En finançant des programmes précis, ce dernier peut exercer passablement d'influence sur les politiques, les priorités et les normes des programmes des provinces.(8)

De simple mécanisme fiscal, le pouvoir de dépenser prend donc de plus en plus l'allure d'une notion constitutionnelle. Le terme a probablement fait son apparition, dans ce contexte, lors de la Conférence constitutionnelle fédérale-provinciale de 1969, dans un document de travail intitulé "Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien" présenté par le gouvernement fédéral. Un expert constitutionnel de renom, E.A. Dreidger, faisait toutefois remarquer, dès 1977, qu'il n'arrivait pas à "trouver l'expression pouvoir de dépenser dans aucune décision judiciaire ou loi canadienne"(9).

---

(7) "En plus de sa politique générale de reconstruction et d'une attitude plus interventionniste, notamment en matière de bien-être social, le gouvernement a jugé essentiel de centraliser le pouvoir de taxation pour promouvoir les politiques économiques keynésiennes qu'il envisageait d'adopter [...]", G.V. Laforest, "The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution", John D. Whyte et William R. Lederman (éd.), *Canadian Constitutional Law*, 2e édition, Toronto, Butterworths, 1977, p. 9-2 (traduction).

(8) D'un point de vue technique, rien ne permet d'affirmer que le pouvoir de dépenser est un mécanisme exclusivement fédéral. Les pêches, par exemple, sont un domaine de compétence exclusivement fédéral qui revêtent une importance économique considérable pour de nombreuses provinces. En théorie, les provinces pourraient donc présenter un programme mixte pour ce secteur et s'engager à le financer à condition que le gouvernement fédéral assume la responsabilité de sa mise en oeuvre. Si personne ne parle d'un "pouvoir de dépenser des provinces", c'est surtout pour des raisons financières et pratiques plutôt que pour des raisons constitutionnelles.

(9) A.E. Dreidger, "The Spending Power", *Queen's Law Journal* (1979(, 124 à la p. 124 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Tout en convenant que le pouvoir de dépenser ne figure nulle part dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, Peter Hogg prétend que les pouvoirs de prélever des impôts qu'accorde le paragraphe 91(3), le pouvoir de légiférer en matière de "propriété publique" attribué par le paragraphe 91(1A), et le pouvoir d'approprier des fonds fédéraux que donne l'article 106, nous amène, par déduction, à constater qu'il existe(10). Le "pouvoir de dépenser" est simplement l'extension, peut-on arguer, du pouvoir de taxation de façon à donner au gouvernement fédéral les fonds voulus pour souscrire des programmes sociaux ou culturels nationaux en plus de remplir ses mandats constitutionnels propres.

L'Accord du lac Meech de 1987 comportait une disposition qui aurait ajouté à la Constitution, immédiatement après l'article 106, un nouvel article 106A qui, selon les points de vue, aurait soit renforcé les programmes et normes nationaux en reconnaissant officiellement le pouvoir de dépenser, soit les aurait affaibli en permettant aux provinces de se retirer en exigeant une compensation.

Quelle que soit la façon dont est perçu le statut constitutionnel du pouvoir de dépenser, des restrictions manifestes limitent toutefois son utilisation. La première a trait à la façon dont les fonds sont amassés et la deuxième, à la façon dont ils sont dépensés. Malgré le pouvoir étendu de taxation qu'a le gouvernement fédéral, une loi fiscale pourrait être contestée si elle était conjuguée explicitement à un programme de dépenses qui déborde la compétence fédérale. Bien que, par exemple, les questions environnementales soient en grande partie de la compétence des provinces, le gouvernement fédéral peut financer des programmes environnementaux pour s'attaquer à des problèmes locaux dans les provinces. Par contre, si le gouvernement fédéral établissait une taxe dans le seul but de réaliser un objectif environnemental local ou d'y contribuer financièrement, les tribunaux pourraient très bien invalider la mesure législative en cause.

Même lorsque le gouvernement fédéral exerce comme il se doit son pouvoir de prélever des impôts, il ne peut pas en faire n'importe

---

(10) Hogg, 1985, p. 124.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

quoi. S'il peut dépenser ou donner son argent comme bon lui semble[11], il ne peut réglementer directement les activités qui relèvent de la compétence provinciale.

> Le Parlement [...] peut utiliser comme il l'entend, les fonds que lui rapporte l'exercice légitime du pouvoir de taxation. Il peut assortir de conditions l'usage qui en est fait du moment que cela ne revient pas à réglementer ou contrôler une activité qui déborde son autorité[12].

D'après certains observateurs, il faudrait, pour empêcher le gouvernement fédéral de financer directement des programmes dans les domaines de compétence provinciale et perturber ainsi les intentions des provinces, imposer des restrictions à son pouvoir de dépenser. Si celui-ci ne sert que de stimulant fiscal pour amener les provinces à adopter certaines lignes de conduite ou politiques, les fonds peuvent être retirés ou réduits sans difficulté dans certaines circonstances. L'élimination du pouvoir de dépenser devrait, en théorie du moins, n'entraîner que la suppression des programmes en cause.

Si, toutefois, le pouvoir de dépenser amène le fédéral à s'ingérer dans les domaines de compétence provinciale, comme le prétendent certaines provinces, le seul moyen de réduire les risques que présente la suppression éventuelle des subventions serait peut-être d'obliger le gouvernement fédéral à verser aux provinces les fonds ou leur céder la

---

(11) Un certain nombre de jugements viennent confirmer que le gouvernement fédéral peut consacrer des fonds à des choses qui débordent sa compétence législative : dans *Angers* c. *M.N.R.*, [1957] Ex. C.R. 83, la Cour a maintenu la validité des allocations familiales versées par le gouvernement fédéral; et dans *SCHL* c. *Co-op College Residences* (1975) 13 O.R. (2d) 394 (CAO), la validité des prêts du gouvernement fédéral pour la construction de résidences d'étudiants a été maintenue.

(12) *Winterhaven Stables Ltd.* c. *Canada* (1988), 53 D.L.R. (4th), C.D. de P. Alberta, p. 434 (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

marge fiscale nécessaire pour poursuivre les programmes en cause(13). Le Rapport Allaire (Rapport du Comité constitutionnel du Parti libéral du Québec, *Un Québec libre de ses choix)*, par exemple, laisse entendre que, dans le cadre d'une "réévaluation complète des partages fiscaux", le Québec "éliminera le pouvoir fédéral de dépenser dans ses domaines de compétence exclusive". La "culture" et les "communications" relèveraient de l'autorité exclusive du Québec, et le gouvernement fédéral ne pourrait pas y financer des activités directement(14).

Vu l'absence d'une définition limitative de la "culture", la seule vraie solution de rechange à la situation constitutionnelle actuelle serait donc de restreindre la capacité du fédéral de financer des programmes, avec ou sans compensation aux provinces. Il y aurait deux façons de la faire : 1) au moyen d'une entente fédérale-provinciale ou 2) d'une modification constitutionnelle pour interdire ou réglementer les subventions fédérales dans les domaines qui ne sont pas de sa compétence législative. Outre qu'elle serait plus simple, la première solution offrirait plus de souplesse, mais elle ne serait, sur le plan constitutionnel, ni contraignante, ni exécutaire. Comme la Cour suprême du Canada l'a fait remarquer dans sa récente décision sur les paiements de transfert fédéraux-provinciaux :

> La surveillance du pouvoir de dépenser ne constitue cependant pas un sujet distinct de contrôle judiciaire. Si une loi n'est ni inconstitutionnelle ni contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux n'ont nullement compétence pour surveiller l'exercice du pouvoir législatif(15).

---

(13) La "marge fiscale" et les "points d'impôt" sont des notions difficiles d'une application pratique restreinte. Au risque de simplifier à outrance, disons que la capacité totale des Canadiens de verser des impôts est considérée en quelque sorte comme une grande tarte que se partagent les deux paliers de gouvernement. Ainsi, si le gouvernement fédéral réduit sa part, les provinces disposent d'une plus grande "marge fiscale" pour financer de nouveaux programmes.

(14) *Un Québec libre de ses choix*, rapport du comité constitutionnel du Parti libéral du Québec, Québec, 1991, p. 37 et 38.

(15) *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, 15 août 1989, C.S.C., non publié, p. 49.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Une modification constitutionnelle, plus définitive aurait cependant d'importantes conséquences puisqu'elle restreindrait les relations fédérales-provinciales dans un domaine d'activité qui s'étendrait bien au-delà du domaine culturel. De plus, à moins d'accroître par des transferts interprovinciaux ou par la limitation du pouvoir fédéral de taxation, les fonds versés aux provinces, certaines au moins auraient du mal à suppléer et les programmes en cours en souffriraient.

COMMUNICATIONS

Le contexte constitutionnel dans lequel la réglementation canadienne des communications a évolué est à la fois complexe et, dans une certaine mesure, confus. Un observateur est allé jusqu'à dire que :

> les sources de droit sur lesquelles on devrait normalement compter pour orienter les décisions tant des entreprises de télécommunication que leurs clients en ce qui concerne la conduite commerciale requise, permise ou interdite et les mesures à prendre pour les faire respecter, sont si fragmentées et manquent tellement de cohérence et de recul qu'elles en deviennent à peu près inutilisables(16).

---

(16) Bohdan Romaniuk et Hudson Janisch, "Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition?", 18 *Ottawa Law Review*, n° 561 (1986), p. 565 (traduction). Les auteurs ajoutent :

> Comme on le verra plus loin, il existe, au seul palier fédéral, plus d'une douzaine de mesures législatives (échelonnées de 1880 à 1986) qui portent directement sur un aspect ou l'autre du comportement des entreprises dans divers marchés des télécommunications. *Et pourtant, aucune loi fédérale ne porte exclusivement sur l'industrie des télécommunications prise globalement*. On a plutôt affaire à un amas confus de mesures visant des entreprises en particulier, des aspects particuliers du marché et divers ministères ou organismes de réglementation. [...] Certaines sont axées sur la radiodiffusion, la radiocommunication et la télégraphie, mais aucune ne porte sur leurs relations entre elles ou avec la téléphonie. D'autres visent des secteurs industriels tout à fait différents, notamment les chemins de fer, et ne touchent les télécommunica- tions que de façon très accessoire, tout en ayant une très forte incidence (traduction).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La possibilité de céder plus de pouvoirs constitutionnels aux provinces en matière de radiodiffusion, de télédiffusion et de communications est une question complexe. Nous ne ferons donc ici qu'en résumer les points saillants.

Depuis 1867, les mêmes principes ont, de manière générale, régi les communications et les transports en matière de compétence législative, si bien, que la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi sur les transports nationaux* renferment encore des aspects importants de la réglementation des communications. Dans la *Loi constitutionnelle de 1867,* le paragraphe 92(10) est de loin la disposition la plus importante à cet égard. "Les travaux et entreprises d'une nature locale" y sont confiés aux gouvernements provinciaux, sous réserve de plusieurs exceptions indiquées comme étant de compétence du gouvernement fédéral :

> a) lignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres travaux et entreprises reliant la province à un autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;
>
> b) lignes de bateaux à vapeur entre la province et tout pays dépendant de l'empire britannique ou tout pays étranger;
>
> c) les travaux qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés par le Parlement du Canada être pour l'avantage général du Canada, ou pour l'avantage de deux ou d'un plus grand nombre des provinces.

Cette dernière exception, habituellement appelée le "pouvoir déclaratoire" du fédéral, a été utilisée dans les lois constituant en société les deux plus grandes compagnies de téléphone du Canada : Bell Canada (qui dessert l'Ontario et le Québec) et la British Columbia Telephone Company. Le pouvoir déclaratoire est toutefois tombé quelque peu en désuétude et le pouvoir de réglementation du gouvernement fédéral à l'égard de ces sociétés est lié à d'autres aspects du réseau téléphonique.

Le terme "entreprises" englobe à la fois les composantes matérielles et administratives. Dans l'une des dernières affaires canadiennes tranchées par le Conseil privé britannique, la notion a été défini ainsi:

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> De telles communications peuvent être assurées par des organisations ou des entreprises, mais pas par de seuls objets inanimés. À cette fin, l'expression "lignes de bateaux" est appropriée; elle est utilisée couramment pour désigner non seulement les navires en cause, mais aussi l'organisation qui fait en sorte que le service est assuré régulièrement entre des points donnés(17).

À mesure que l'interconnexion des réseaux de communication s'est intensifiée, les tribunaux se sont fondés sur le critère de "l'intégration fonctionnelle" pour déterminer si un service donné s'insère dans une entreprise, une organisation ou un système interprovincial, par opposition à un "ouvrage local" qui ne dépasse pas les limites de la province.

Le Canada a signé, en 1927, la *Convention radiotélégraphique internationale*. L'affaire a été portée devant les tribunaux lorsque le Québec a contesté la compétence du gouvernement fédéral. En fin de compte, le Conseil privé a décidé que le pouvoir de légiférer en matière de radiodiffusion était de la compétence exclusive du gouvernement fédéral, d'une part à cause du caractère international de la réglementation sur la radiodiffusion et, d'autre part, parce que l'émetteur et le récepteur forment un système intégral qui suppose une entreprise interprovinciale analogue à la télégraphie(18).

Lorsque les réseaux de câblodistribution sont apparus au cours des années 60 et 70, d'aucuns ont fait valoir que les câblodistributeurs, qui diffusent leurs émissions dans une localité au moyen de câbles coaxiaux, étaient des entreprises locales. À la fin des années 70, la Cour suprême du Canada a toutefois étendu la compétence exclusive du gouvernement fédéral à la réglementation de la câblodistribution du fait que les câblodistributeurs captent leurs signaux au moyen de récepteurs et font ainsi partie intégrante d'un système interprovincial(19).

---

(17) *C.P.R.* c. *Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122, p. 141.

(18) *In Re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304.

(19) *Capital Cities Communications* c. *C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Public Service Board* c. *Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Bien que le gouvernement fédéral ait l'autorité exclusive sur les réseaux nationaux de diffusion, les gouvernements provinciaux exercent un certain contrôle sur le contenu des émissions. Dans *Québec (P.G.)* c. *Kellogg's Co. of Canada* (20), et plus récemment dans *Irving Toy Ltd.* c. *Québec (P.G.)* (21), la Cour suprême du Canada a maintenu les lois provinciales limitant des formes précises de publicité du fait que ces mesures visaient la protection du consommateur plutôt que la diffusion, et les annonceurs plutôt que l'entreprise de diffusion.

Les tribunaux ont été étonnamment peu mêlés, jusqu'à tout récemment, au problème de la compétence législative sur les télécommunications. Cela vient en partie de ce que ni l'un ni l'autre des deux paliers de gouvernement n'a intérêt à changer le statu quo qui, bien qu'incohérent en théorie, a bien fonctionné en pratique.

Bell Canada, qui dessert l'Ontario et le Québec et se trouve en tant qu'entreprise interprovinciale, réglementée par le gouvernement fédéral, a toujours été de loins la plus grande compagnie de téléphone au Canada. À l'exception de la Colombie-Britannique, les réseaux téléphoniques provinciaux étaient réglementés par la province et des sociétés d'État exploitaient les réseaux téléphoniques des trois provinces des Prairies.

Comme les services téléphoniques étaient un service d'utilité publique ou un monopole de l'État, l'interfinancement formait un élément majeur des modalités tarifaires et la politique gouvernementale variait d'une province à l'autre. Les grandes compagnies de téléphone, y compris Bell Canada, exploitaient toutefois une entreprise conjointe appelée Telecom Canada (anciennement le Groupe des communications informatiques ou le GCI). Même si Telecom Canada n'était pas réglementée, l'organisme de réglementation fédéral (le CRTC) jouait un rôle crucial dans la politique d'interfinancement par la réglementation qu'il imposait au principal associé, Bell Canada.

---

(20) [1978] 2 R.C.S. 211.

(21) [1989] 1 R.C.S. 929.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Les tarifs interurbains, par exemple, servaient souvent à subventionner les tarifs locaux, ce dont Telecom Canada tenait compte dans ses ententes tarifaires. Si toutefois le CRTC refusait d'approuver les tarifs interurbains de Bell Canada du fait que ceux-ci étaient trop élevés par rapport aux tarifs locaux, les autres partenaires provinciaux du réseau national ne pouvaient plus compter sur les recettes attendues des appels interurbains pour compenser le manque à gagner au niveau des services locaux(22). Si frustrante qu'elles aient trouvé l'entente, les autres provinces étaient peu enclines à porter l'affaire devant les tribunaux car, considérant que tous les réseaux provinciaux formaient un réseau téléphonique national intégré, ceux-ci risquaient d'en attribuer la compétence exclusive au gouvernement fédéral.

Au début de la dernière décennie, l'expansion rapide des services de télécommunication ayant intensifié les revendications d'une formule plus compétitive, la question de compétence a pris de l'importance. Télécommunications CNCP (devenue Unitel depuis) a déposé devant le CRTC une demande d'interconnexion avec les divers réseaux téléphoniques, y compris l'Alberta Government Telephone(AGT). L'AGT est allée devant les tribunaux, où elle a fait valoir que le CRTC n'était pas compétent en la matière puis que le réseau téléphonique provincial était une entreprise locale et qu'AGT était une société d'État provinciale.

La Cour suprême du Canada a décidé, en 1989, que le réseau national de télécommunication formait un réseau intégré de compétence fédérale exclusive. Le gouvernement fédéral a voulu mettre en oeuvre cette décision en déposant le projet de loi C-41 qui est restée en plan au Feuilleton lors de la dissolution du Parlement au printemps de 1990(23).

---

(22) "L'une des mesures de l'importance de ces subventions se trouve dans les chiffres publiés en 1982 par Bell Canada et qui révèlent que 1,2 milliard de dollars de communications interurbaines non soumises à la concurrence avaient été utilisés pour financer les services locaux". Nis Moller, "Étude sur les communications : Points de vue constitutionnel", Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, 12 mars 1991, p. 34.

(23) James R. Robertson, Résumé législatif, projet de loi C-41, Loi modifiant la *Loi sur les chemins de fer* (Télécommunications), Service de recherche, Bibliothèque du Parlement, 3 octobre 1989.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Les communications ont fait l'objet de bien des négociations fédérales-provinciales et des propositions sur la compétence législative depuis vingt ans. Les parties ont été bien près de s'entendre à l'occasion.

Dans son rapport de 1979 intitulé *Se retrouver*, la Commission de l'unité canadienne Pépin-Robarts a résumé ainsi le problème de la politique des communications :

> Dans le domaine des communications, le heurt se produit entre, d'une part, la vision qu'a le gouvernement central d'un système de communication qui serait intégré et servirait d'instrument puissant de promotion de l'identité canadienne et, d'autre part, l'insistance des provinces, particulièrement du Québec, sur le fait que l'impact des communications est tellement envahissant qu'un contrôle provincial s'impose dans ce domaine si les provinces veulent préserver leur caractère distinctif(24).

Il semble donc clair que, de manière générale, pour être acceptable à la majorité des gouvernements canadiens, une solution au problème des communications devrait comporter un certain niveau 1) de compétence concurrente, 2) de délégation réciproque des pouvoirs législatifs ou 3) des mécanismes intergouvernementaux.

La seconde option, la délégation réciproque du pouvoir législatif entre deux paliers de gouvernement, n'est pas permise par la constitution actuelle, mais tant la Commission Pépin-Robarts que, plus récemment, le rapport du Comité mixte spécial sur le processus de modification de la Constitution du Canada ont proposé une modification constitutionnelle en ce sens. Le gouvernement fédéral pourrait ainsi déléguer aux provinces, ou à des provinces données, divers pouvoirs législatifs sur les communications. Il serait vraisemblablement possible de retirer ou d'étendre cette délégation à mesure que les progrès techniques modifient la situation.

De manière générale, lorsqu'on discute de la troisième éventualité, les mécanismes intergouvernementaux, il est question

---

(24) Canada, Commission de l'unité nationale, *Se retrouver*, Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services, 1979, p. 97.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

d'organismes de réglementation dont les membres seraient nommés conjointement. Ce serait peut-être acceptable pour les gouvernements provinciaux, mais il est difficile de voir comment cela permettrait d'établir une politique nationale cohérente.

Le problème vient fondamentalement de la convergence croissante entre la diffusion, notamment la câblodistribution, et les télécommunications. Chacun convient de manière générale qu'un réseau efficient et efficace de télécommunications est essentiel pour que le pays soit compétitif:

> Étant donné que les télécommunications sont perçues comme un élément de plus en plus important de la compétitivité du pays et du succès des entreprises, il faut, tout en assurant la meilleure qualité possible, en maintenir le coût aussi bas que possible. Les télécommunications sont aussi importantes que les chemins de fer l'étaient, sinon plus. Elles ouvrent grandes les portes de l'avenir(25).

En dehors du réseau général des télécommunications qui est jugé essentiel pour l'économie nationale, et régi d'une manière qui en tient compte, certains éléments des télécommunications, comme les réseaux d'éducation provinciaux, peuvent être examinés séparément. Les progrès techniques constants rendent toutefois de plus en plus difficile de discerner des aspects du système national des communications qui ne sont pas intégrés, sur le plan fonctionnel, au réseau global.

---

(25) Edwards Trapunski, "Federal regulator casts a wide net", *Globe and Mail*, 10 september 1991, p. C2, citant le directeur exécutif des télécommunications au CRTC, M. Guido Henter (traduction).